

les loyers ne sont pas payés; les loyers changent-ils de nature selon qu'ils sont ou ne sont pas payés? Les éditeurs de Zachariæ, qui font l'objection, admettent que les intérêts payés par un tiers au nom et en l'acquit du débiteur sont un capital et que les intérêts de ce capital sont productifs de nouveaux intérêts. Or, la loi met cette prestation absolument sur la même ligne que les revenus, loyers, fermages et arrérages; il faut donc appliquer la même règle à toutes ces prestations (1). La distinction que l'on est obligé de faire témoigne, nous semble-t-il, contre la doctrine que nous combattons. Ou il faut admettre qu'aucune de ces prestations n'est un capital, ou il faut admettre que toutes sont des capitaux. Or, le but de l'article 1155 est précisément de déclarer que lesdites prestations ne sont pas des intérêts; donc ce sont des capitaux (2).

CHAPITRE IV.

DE L'EFFET DES CONTRATS.

SECTION I. — De la translation de la propriété.

§ 1^{er}. *Entre les parties.*

354. Dans l'ancien droit, les contrats ne transféraient pas la propriété, bien que le but des parties contractantes fût de transmettre la propriété et de l'acquérir. Les contrats engendraient une obligation, le créancier avait une action contre le débiteur tendante à ce que la chose lui fût donnée, mais la transmission de la propriété ne se faisait que par la tradition. De là suit, dit Pothier, que

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 111 et suiv., et notes 63-65, § 308.

(2) Comparez Rejet de la cour de cassation de Belgique, 5 août 1842 (*Pastorisie*, 1842, 1, 336).

si le vendeur ne livre pas la chose vendue, il en reste propriétaire, et s'il vend la même chose à un second acquéreur, en la lui livrant, ce second acheteur sera propriétaire; le premier acheteur n'a qu'une action personnelle contre son vendeur; il n'a pas d'action contre le second acquéreur, car il n'a pas de droit réel dans la chose (1).

Quel est le fondement de ce principe qui joue un si grand rôle dans l'ancien droit? Pourquoi faut-il la tradition pour transférer la propriété? Les interprètes du droit romain sont d'une faiblesse extrême sur le terrain de la théorie; nous n'en exceptons pas les plus illustres. Demandez à Doneau la signification rationnelle du principe qui exige la tradition pour que la propriété soit transférée. Il explique, avec sa lucidité habituelle, le sens de cette règle et les conséquences qui en résultent. Quant à la raison du principe, il n'en donne d'autre qu'une considération de fait: l'acheteur ne saurait être propriétaire avant la tradition, parce qu'il n'a pas la chose en sa puissance, c'est le vendeur qui la possède et qui, par conséquent, en peut disposer (2). On dirait que le droit dérive du fait, ce qui revient presque à dire que le fait constitue le droit. Doneau ne se demande pas comment le vendeur qui s'est obligé à transférer la propriété à un premier acheteur peut, en raison et en équité, transmettre la propriété à un second acheteur, et comment ce second acheteur l'emporte sur le premier, parce qu'il est en possession. Le droit romain avait tant de prestige pour ses interprètes qu'ils acceptaient comme raison écrite tout ce qui était écrit dans les textes, alors même que les textes étaient en opposition flagrante avec la raison.

355. Il a fallu qu'une science nouvelle se formât pour affranchir les esprits de ce fétichisme. Le droit naturel a perdu de son autorité, il est en médiocre estime chez les juristes. Ils oublient que ce sont les auteurs du droit naturel, Grotius et à sa suite Pufendorf et Wolf, qui ont les

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 151 et 152.

(2) Douelli *Commentarii*, IV, 17, 3 (t. II, p. 393).

premiers soumis les principes du droit traditionnel à l'examen de la raison; c'est à leur initiative que nous devons la révolution qui s'est faite dans la science du droit : de formaliste qu'elle était, elle est devenue philosophique. Leibnitz compare les jurisconsultes romains à des mathématiciens; ils maniaient les principes avec une rigueur qui rappelle l'algèbre et la géométrie. Rien de mieux si ces principes étaient, comme on l'a cru longtemps, l'expression de la vérité éternelle. Cela n'est pas et cela ne peut pas être; le droit est une face de la vie et la vie est essentiellement progressive; le droit aussi est progressif, c'est dire qu'il est toujours plus ou moins imparfait. Il est donc bon que la raison vienne contrôler les règles que l'usage ou la loi consacrent. C'est ce qu'ont fait les auteurs qui ont écrit sur le droit naturel.

Grotius demande si, d'après le droit naturel, la tradition est nécessaire pour transférer la propriété. Il répond que la seule volonté du maître de la chose doit suffire pour qu'un propriétaire en transfère la propriété à une autre personne. La chose est pour nous si évidente que nous avons de la peine à comprendre que l'on ait jamais pu soutenir qu'outre la volonté du propriétaire, il fallait encore un fait matériel que l'on appelle la tradition. Est-ce qu'un fait matériel peut avoir la puissance de transmettre un droit, le plus considérable de tous, la propriété? Non, certes. C'est donc la volonté manifestée par le fait qui a cette force. S'il en est ainsi, pourquoi faut-il, outre la volonté, la délivrance matérielle de la chose? La propriété est transférée par testament, par succession, sans que le légataire ni l'héritier aient besoin d'une délivrance quelconque. Si la volonté expresse ou tacite de l'homme suffit pour transférer la propriété de tous ses biens, pourquoi cette volonté n'aurait-elle pas la puissance de transférer la propriété d'une chose entre-vifs? Serait-ce parce que le vendeur conserve l'empire sur la chose tant qu'il n'aura pas fait la tradition? C'est confondre le fait avec le droit. Dès que, par sa volonté, il a transféré la propriété, il n'a plus la chose en sa puissance, il peut rester détenteur, possesseur même; il n'est plus propriétaire, puisque

par sa volonté il a cessé de l'être; il ne peut donc pas transférer la propriété à un tiers à qui il ferait la tradition de la chose. La bonne foi est en harmonie avec ce que la raison enseigne. Comment concilier avec le sens moral une doctrine qui permet au propriétaire de vendre dix fois la même chose à dix personnes en ne transmettant la propriété qu'au dixième acheteur à qui il a fait la tradition de la chose (1)?

356. Le code a consacré le principe du droit naturel, il n'exige plus la tradition pour la translation de la propriété; la convention, c'est-à-dire la volonté de l'homme suffit (art. 1138). C'est une des grandes innovations du code civil; mais chose singulière, le texte formule le nouveau principe avec une obscurité telle, qu'il est à peine intelligible. Et si l'on consulte les travaux préparatoires, l'obscurité se convertit en ténèbres. Il est bon d'insister sur ce point; on abuse des travaux préparatoires pour faire dire au code autre chose que ce qu'il dit, et on cherche un appui dans les discussions, dans les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat. Rien de plus facile que de trouver ce que l'on y cherche, car on y trouve tout ce que l'on veut. Reste à savoir quelle est la valeur de ces travaux. Ils ont une autorité de raison qui est très-grande, mais cela suppose que les auteurs du code parlent le langage du droit et de la raison; or, beaucoup d'entre eux étaient de médiocres jurisconsultes et des esprits tout aussi médiocres. Nous n'aurions pas osé leur adresser ce reproche; nous allons voir qu'ils le méritent.

Bigot-Préameneu faisait aussi partie de la commission chargée par le premier consul de préparer un projet de code civil, il a été le rapporteur de la section de législation du conseil d'Etat; enfin, il a exposé, devant le corps législatif, les motifs du titre des *Obligations*. Que de titres pour connaître les principes de la nouvelle législation! Nous allons entendre comment il explique l'innovation de l'article 1138 : « C'est le consentement des con-

(1) Grotius, *de jure belli*, II, 6 et 8. Comparez Larombière, t. I, p. 421 n° 3 (Ed. B., t. I, p. 176); Toullier, t. II, 2, p. 29 et suiv., n° 55-59.

tractants qui rend parfaite l'obligation de livrer la chose, il n'est donc pas besoin de *tradition réelle* pour que le créancier doive être considéré comme propriétaire, aussitôt que l'instant où la livraison doit se faire est arrivé. » Pas un mot d'innovation. On dirait qu'il s'agit d'expliquer un principe qui a toujours existé. Et quelle explication! Le *consentement* peut-il rendre parfaite l'obligation de *livrer la chose*? La délivrance est un *fait*: est-ce que le consentement peut faire qu'il y ait un fait de délivrance? Nous reviendrons plus loin sur la *tradition réelle* que l'orateur du gouvernement déclare inutile pour la transmission de la propriété. Ce qui semble le préoccuper, c'est la question des risques plutôt que la question de la translation de la propriété. Il mêle ainsi deux ordres d'idées qui n'ont rien de commun. De ce que le créancier est devenu propriétaire, Bigot-Prémeneu conclut qu'il supporte le risque de la chose. Conclusion fautive et qui, en tout cas, ne nous apprend pas pourquoi le créancier devient propriétaire sans tradition, tandis que, dans l'ancien droit, il fallait la tradition pour le rendre propriétaire. Et c'était bien là ce qu'il fallait expliquer dans un exposé des motifs du titre des *Obligations*.

L'annotateur de Pothier dit qu'il est difficile d'accumuler plus d'erreurs en aussi peu de mots; Bugnet reproche à l'orateur du gouvernement d'ignorer les éléments du droit. Vient le rapporteur du Tribunat; Favard ne se doute même pas que l'article 1138 consacre une innovation; il proclame comme un axiome que l'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire du moment que le consentement a formé le contrat. Comment l'obligation de *livrer* peut-elle transférer la propriété, alors que toute obligation n'a qu'un seul effet, celui de donner au créancier une action contre le débiteur? Favard en conclut que les risques sont pour le créancier, et ajoute que ces principes ont été de tout temps admis parmi nous. Erreur en droit, erreur en histoire, ce qui excuse les dures paroles de Bugnet: « Voilà un pauvre légiste et un mauvais historien! »

L'orateur du Tribunat ne fait que paraphraser ou

transcrire les articles 1136 et 1138, et la paraphrase est aussi inintelligible que le texte. Mouricault confond également la perfection de l'obligation avec la translation de la propriété; il confond également la question des risques et celle de la translation de la propriété. Enfin, il ne dit pas un mot de l'innovation la plus importante que le code ait apportée à l'ancien droit (1).

357. Voici le texte de l'article 1138: « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite. » Prise à la lettre, cette disposition n'a pas plus de sens que les motifs que nous venons de transcrire; le consentement ne vaut pas livraison: en effet, le vendeur qui a consenti à livrer, qui a transféré la propriété de la chose, est néanmoins tenu à la délivrance (art. 1603 et 1604). Et l'obligation ne confère pas un droit réel; c'est une contradiction dans les termes, car c'est dire qu'un droit personnel est un droit réel. On a donné à l'article 1138 une autre interprétation fondée sur l'histoire. L'ancien droit exigeait la tradition pour la translation de la propriété, mais en fait on se contentait d'une tradition fictive, résultant du seul consentement des parties. On lit dans un ouvrage élémentaire: « Comme parmi nous on met toujours dans les contrats de vente une clause par laquelle le vendeur se dépouille et se démet de la propriété et de la possession de la chose vendue pour en saisir l'acquéreur, ce qu'on appelle *tradition feinte*, dès le moment que le contrat est *parfait et accompli*, tous les droits qui appartiennent au vendeur passent en la personne de l'acquéreur, de sorte que, si le vendeur était propriétaire, l'acquéreur devient aussi propriétaire (2). » Cette clause étant de style, les auteurs du code l'ont sous-entendue dans tout contrat translatif de propriété en l'écrivant dans la loi. En ce

(1) Bigot-Prémeneu, Exposé des motifs, n° 33; Favard, Rapport, n° 31; Mouricault, Discours, n° 14 (Loché, t. VI, p. 153, 194 et 245); Bugnet sur Pothier, *Des obligations*, t. II, p. 73.

(2) Argou, *Institutions au droit français*, t. II, p. 243.

sens, l'article 1138 dit que l'obligation de livrer la chose est *parfaite* par le seul consentement des parties contractantes. Le mot *est parfaite* doit être entendu dans le sens de *parfait et accompli* : ce sont les termes d'Argou ; ils signifient que la clause de dessaisissement vaut tradition. Dès lors la propriété doit être transférée, comme le dit l'article 1138, encore que la *tradition* n'en ait pas été faite. Il faut entendre la tradition *réelle*, comme le dit Bigot-Préameneu (n° 356). L'article 938 dit de même et presque dans les mêmes termes, que la donation est *parfaite* par le seul consentement des parties et que la propriété des objets donnés est transférée au donataire sans qu'il soit besoin d'une *tradition*, ce qui implique qu'il y a une *tradition feinte*, en vertu du contrat. C'est dans le même ordre d'idées que Portalis dit en exposant les motifs du titre de la *Vente* que la tradition *matérielle* n'est pas nécessaire pour rendre la vente *parfaite*; le contrat suffit, c'est-à-dire la tradition feinte que le législateur y suppose, comme le dit Bigot-Préameneu (1).

L'explication est très-ingénieuse, mais nous doutons qu'elle exprime la vraie pensée des auteurs du code civil. Avaient-ils conscience de l'innovation qu'ils apportaient à l'ancien droit? Dans ce cas, ils l'auraient formulée nettement; ils auraient dit que la propriété se transfère par l'effet des contrats, et ils auraient invoqué le droit naturel pour justifier le principe de l'article 1138, comme ils l'ont invoqué pour justifier l'article 1137 qui répudie également la tradition. L'obscurité du texte et des discours qui devaient en expliquer les motifs prouve que le législateur n'avait pas une vue nette du principe qu'il formulait. Imbu des doctrines de l'ancien droit sur la nécessité d'une tradition, il ne parvient pas à s'en affranchir; il suppose qu'une tradition est nécessaire, mais il se contente d'une tradition feinte résultant du consentement. Les idées n'étant pas claires, le texte aussi devait être obscur, ainsi que l'explication donnée par les orateurs du gouvernement et du Tribunal.

1) Colmet de Santerre, t. V, p. 74, n° 55 bis III. Valette (Mourlon, t. II, p. 503), Marcadé, t. IV, p. 393-397; Demolombe, t. XXIV, p. 395, n° 426.

358. A partir de quel moment la propriété est-elle transférée? L'article 1138 répond que l'obligation de livrer la chose étant parfaite par le seul consentement des parties contractantes, rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques *dès l'instant où elle a dû être livrée*. Voilà encore une rédaction qui, prise au pied de la lettre, fait dire au législateur un non-sens. Nous en avons déjà fait la remarque en traitant des risques (n° 211). L'article 1138 semble dire que la propriété n'est transférée qu'au moment où le débiteur doit faire la délivrance; d'où résulterait que, dans la vente à terme, l'acheteur ne deviendrait propriétaire qu'à l'échéance du terme. Cela serait une vraie hérésie, car il est de l'essence du terme de ne pas suspendre l'engagement dont il retarde seulement l'exécution. Ce sont les expressions de l'article 1185. Le terme ne change donc rien aux effets du contrat; la convention est-elle translatrice de propriété, la propriété se transfère par le seul effet du contrat, et non à partir de l'échéance du terme. Pour donner un sens au texte de l'article 1138, on suppose que le législateur a eu en vue la tradition feinte qu'il exige comme condition de la translation de la propriété. Celle-là doit se faire au moment même où le contrat se parfait; c'est donc à partir de ce moment que la propriété est transférée, sauf convention contraire (1). C'est une explication forcée, comme nous venons de le dire (n° 357). Ne serait-il pas plus simple d'interpréter les mots : *dès l'instant où la chose a dû être livrée*, comme si le législateur avait dit : *dès l'instant où la livraison a été due*? Ce qui revient à dire que la propriété est transférée du moment que le contrat est parfait (2). Tel est certainement le sens de la loi; mais on se demande pourquoi les auteurs du code ont eu recours à cette rédaction embarrassée, au lieu de dire simplement que la propriété est transférée à partir de la perfection du contrat? Cela prouve de plus en plus que les auteurs du code n'avaient pas une idée nette du principe qu'ils ont consacré.

359. L'article 1138 est conçu en termes trop géné-

(1) Demolombe, t. XXIV, p. 398, n° 417.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 76, n° 55 bis IV.

raux; il ne s'applique pas à tous les cas où le contrat a pour objet une obligation de livrer, il faut que le but du contrat soit la translation de la propriété. Cela est de toute évidence. Il est tout aussi certain que l'article 1138 est inapplicable, même quand le contrat a pour objet de transférer la propriété de la chose, si la chose est indéterminée. La translation de la propriété par le seul effet du contrat ne se conçoit que quand la chose est déterminée. En effet, la propriété est un droit réel, le plus considérable de tous; or, tout droit réel suppose une chose certaine dans laquelle il s'exerce. Puis-je devenir propriétaire par l'effet d'une vente qui porte sur une chose indéterminée, par conséquent incertaine? Non, car je ne saurais sur quoi exercer mon droit de propriété. Ce qui est vrai de la propriété l'est aussi des démembrements de la propriété. Les servitudes se constituent par le seul effet du contrat, mais à condition que la servitude soit déterminée, ainsi que les fonds dominant et servant. L'orateur du Tribunal le dit (1); sur ce point, il est plus précis et plus exact que le texte du code.

A partir de quel moment la propriété sera-t-elle transférée lorsque la chose est indéterminée? On répond d'ordinaire : lors de la tradition. Cela n'est pas exact, et l'inexactitude peut conduire à une erreur, c'est de considérer la tradition, en ce cas, comme la cause qui transfère la propriété; de sorte que la tradition jouerait encore un rôle dans la translation de la propriété. L'article 1138 dit le contraire, et le principe reçoit son application même quand la chose est indéterminée. Qu'est-ce qui empêche, dans ce cas, le créancier d'être propriétaire? C'est qu'il ne sait sur quelle chose exercer son droit. Donc du moment où il le sait, l'obstacle cesse et, par suite, la propriété est transférée. Or, la chose peut être déterminée sans qu'il y ait tradition; il suffit pour cela du consentement des parties intéressées. La détermination peut donc être conventionnelle; nous ajoutons qu'elle l'est toujours, alors même qu'elle a lieu lors de la tradition; ce n'est pas le

(1) Mouricault, Discours, n° 14 (Loché, t. VI, p. 245).

fait matériel de délivrance qui détermine la chose, c'est le concours de volontés du débiteur qui l'offre et du créancier qui l'accepte.

La cour de Lyon a fait une application de ce principe dans une espèce très-singulière. Une personne échange cent dix actions dans des compagnies de gaz contre vingt-cinq actions dans des usines. N'ayant pas, lors du contrat, la libre disposition de ses actions, elle consent, en garantie de son engagement, une délégation de 13,500 fr. sur une obligation hypothécaire de 60,000 francs, délégation provisoire qui devait cesser par la remise des actions dans l'année du contrat. L'année se passe sans que les actions soient livrées et les actions perdent toute valeur. Alors l'échangiste somme ses coéchangistes de recevoir les actions qu'il leur offre et demande la rétrocession de la garantie des 13,500 francs. Il a été jugé que la chose échangée étant indéterminée, il n'y avait pas eu de transport de propriété et que, lors de la délivrance, le transport était devenu impossible, la chose ayant péri (1). Nous doutons que ce soit là l'application des vrais principes; on ne peut pas dire que la chose eût péri; les titres des actions subsistaient, l'échangiste avait le droit de les livrer pendant l'année, quoique dépréciés; il conservait ce droit après l'expiration de l'année, puisqu'il n'avait pas été mis en demeure, donc il satisfaisait à son obligation et, par suite, le contrat devait recevoir son exécution. Il y aurait même eu transport de la propriété dès le moment du contrat, si les numéros des actions avaient été indiqués dans le contrat; cela suffisait pour les déterminer.

§ II. Translation de la propriété à l'égard des tiers.

N° I. DES IMMEUBLES.

360. L'article 1138, en établissant le principe que la propriété se transfère par le seul effet du contrat, sans qu'il soit besoin de tradition, ne distingue pas; la loi est

(1) Lyon, 14 août 1850 (Daloz, 1851, 1, 178).